Heremia

31

✠

POR

Don Iuan Manuel, y Doña Ana de Mendoça ſu hermana.

CON

Doña Maria de Enao, la Orden de ſanto Domingo, Don Pedro Blas Merino, y D. Diego de Medrano.

SOBRE

La poſſeſsion de los bienes que quedaron por muerte de D. Gabriel de Mendoça ſeñor de Miraelrio, vezino de Xadraque.

Addicion.

1 ARA La ſentencia de viſta dio eſta parte diuerſos papeles, ſegun el eſtado, y dudas que el pleito tenia, y reconocido y determinado oy en la poſſeſsion, ſe adicionaràn con tres Articulos ajuſtados a ella.

2 Primò, Que la dicha ſentencia ſe ha de confirmar, en quanto manda ſe guarde la poſſeſsion dada a eſta parte por el Alcalde mayor de Xadraque.

Secundò, Que ſe ha de reuocar en la que del quinto mādò dar a la *Orden*, y de los trōcales a D. Pedro Blas, y D. Diego de Medrano.

Tertiò, Que ſe ha de excluir el juizio de la propiedad.

Articulo primero.

Que se ha de dar esta possessiõ como de bienes libres, sin que la impida el pretender, que algunos dellos fueron vinculados.

3 DON Iuan y su hermana entran fundando en el remedio de la ley de Soria 3.*tit.* 13.*lib.*4.*de la recop. Gutierr.in* §.*sui, num.*73.que dà la dicha possession a los pariẽtes abintestato, y en la presuncion y vltimo estado de ser estos bienes libres, y en que no es legitima contradicion, mayormente para la possession de todos, dezir, que algunos antiguamente se vincularon.

4 En la propinquidad desta parte, y en que la competa el remedio intentado, no se pone duda, sino en si estos bienes eran libres al tiempo de la vacante, y si doña Maria de Enao que opone el vinculo es legitima contraditora. Y que no lo sea, consta.

5 Primò, de que como era necessario, y dize Parladoro *lib.*2.*cap.*5.*num.*16.no presenta instrumento, ni titulo q̃ muestre mas claro que la misma luz el derecho de su vinculo. Y se excluye en este caso, por el mismo que el presentado de 578. necessita de interpretaciones, *D. Castillo lib.*1.*cap.*24 *n* 53. dõde hablando del fideicomissario, dize: *Si per interpretationem verborum, quæ in testamento habentur vellet eius intentionem probare, talis probatio non est admittenda in iudicio possessorio, sed reseruanda erit in aliud iudicium cum requirat altiorem indaginem.* Y que la dicha escritura sea intricada y dificil en si misma, en quanto al vinculo que trataua y disponia, consta della misma, y de la interpretaciõ que el mismo que la hizo la dio despues por la de 584. declarando no auer sido mayorazgo, ni tenido efecto el que sonaua en la dicha escritura. Y assi oy no solo se muestra dificil, dudosa, y obscura en si en quanto a vinculo, pero interpretada seriosamente por su mismo Autor, con causas y razones en apoyo de su reuocacion, y de quedar todos los bienes libres, & vt inquit *text.in l.si pluribus* 33.*ff.de legat.* 3. testator ex sua scriptura fit manifestissimus, & vt ait Bald. *in auth.nisi rogati, C.ad Trebell.num.*9.*vbi testatur seipsum glossat, non recurritur ad glossam legis,* ego hic meritò adderem, *nec ad glossam iudicis,* & hoc casu omnes aliæ interpretationes reijciuntur. *Mantica de coniecturis, lib.*6.*cap.*13.*nu.*3. *&* *lib.*8.*tit* 8. *num.*21. *Surdus ex multis cons.*215. *num.*14. *&* *cons.*344. *nu.*15.

Selle

Seſſe *deciſ.412.num.52.Scipio Robitus conſ.40.num.18.*vbi numer.18. Quod quæ à teſtatore fit, admittitur etiam aduerſus facilem, & vulgarem intellectum.

6 Secundò, que quando fueran indubitables el dicho vinculo, y la ſuceſsion de doña Maria, era neceſſario prouar que el vltimo poſſeedor los auia tenido, poſſeydo, y dexado por bienes de tal vinculo, *Parlad. d.cap.5.n.19.* Pero conſtando por multiplicacion de actos, prouanças, y euidẽcias, que deſpues de la eſcritura de 584. el miſmo autor del vinculo, y ſus hijos ſuceſsiuamente por treinta y ocho años haſta que el vltimo dellos murio, y causò eſta vacante, tuuieron poſſeyerõ, y trataron, y dexarõ eſtos bienes como libres, cõ titulo, y expreſsion muy repetida de herẽcia, y no ſuceſsiõ de vinculo, es temeridad inſiſtir doña Maria en eſte juyzio, pues para no tener entrada en el, podia baſtar, que ſolo don Gabriel vltimo poſſeedor los huuieſſe tenido por libres poco antes, y al tiempo de ſu muerte, que es el eſtado, y calidad que en eſte caſo ſe deue atender, *Parlador.d.n.19.* quem probat, & ſequitur *D. Caſtill.lib.3.cap.24.n.40.* y para todo juyzio poſſeſſorio lo diſtinguen, y prueuan Mieres *3.p.q.20.Paz de tenuta, cap.55.*

7 Tertiò, que en ninguna manera mueſtra doña Maria eſcritura del mayorazgo que dize, porq̃ la de 578. en que vni- [illegible] ſumpto que el padre tomaua por ella de hazer mayorazgo de algunos bienes ſuyos, y de la legitima materna de ſus hijos, ſi ellos lo aprouauan, y conſentian por eſcrito, y en la forma indiuidual que el padre les ordenaſſe: y no auiendo ſobreuenido eſte conſentimiento, de que toda la diſpoſicion pendia, no ſolo quedò reſuelta, pero no llegò a ſer, ni a tener efecto dende ſu principio, como proue con razon, y autoridad en mi primer papel, dende num.22. y 26. y eſſa que mueſtra, tal qual es, mezclada, y embeuida en las otras poſteriores, que juntas hazen vn laberinto tan intricado, quanto dellas cõſta, y de auer dado cauſa que eſte pleyto en la inſtancia de viſta ſe remitieſſe por dos vezes a mas votos.

8 Y quãdo hiziera verdadero mayorazgo, fue ſi ẽpre reuocable, como ſe prueua en el miſmo papel dẽde num.71. Y la irreuocabilidad del de don Gabriel fue reſpetiua a ſu matrimonio, y ceſsò, eſte ceſſando, y mas ſin hijos, y los del fundador no le aprouaron en la forma que el padre diſpuſo, ni en otra equiualente, y la que ſe trae de don Gabriel fue para en quanto al cumplimiento de las mandas, y obras pias del padre,

dre,respeto de las quales la escritura quedò siempre en pie,no en quanto al vinculo que disponia, porque para contra este no solo reseruò don Gabriel su derecho,pero en la escritura, y declaracion que hizo ante el Visitador Eclesiastico exhibio juntamente con la de 573. la otra escritura de 584. en q̃ estaua reuocada en todo,y por todo,en quanto al vinculo, y llamamientos de Francisco de Mendoça abuelo de doña Maria,y de toda su descendencia,la primera que exhibiò,se iungere nolens reuocatam à posteriori reuocante.

Y la dicha escritura de 578.no puede presentarse,ni considerarse diuidida de las posteriores que la limitan, y vltimamente reuocan, y que por esta razon el testador dispuso,*mem. n.206.y 207.* que la reuocacion de 584. se pusiesse por cabeça,y las demas consecutiuas debaxo de vn signo, *para que no pueda auer duda* (dize) *ni pleyto,ni mala voz alguna*,que es la que oy pretende doña Maria,separandolas.

Y lo mismo es mostrar reuocada la dicha escritura de 578. que no tenerla,ni mostrarla,*l. & si ex modica,§ si filius,ff.de bon. libert. Mantica de coniect.lib.8.tit.18.n.50. Sesse decis.254.num.* 254.

9 Sin que obste poner en duda esta reuocacion, porque lo manifiesto, visible, y obseruado es el acto della, y el de auer declarado por no [illegible] de 578. y no auerle consentido los hijos. Y que quando desto quedara alguna duda,se auia de reseruar al juyzio ordinario,y esperar que en el se declarasse contra la dicha reuocacion, que es la que ha estado, y està en possession de los bienes, y en ella ha de durar,hasta que contra ella en la propriedad se determine, *ex his quæ latè Franch.decis.273.& Giurba decis.100.* Y que el heredero de bienes libres aya de estar en la possession de todos entretãto que se liquida si son de vinculo, *Surd. decis.333. nu.19.vers.Oblati.* Y deste juyzio solo es el reconocer si està,ò no reuocada,y el vicio,ò reuocacion visible que padece la escritura en cuya virtud doña Maria pide la possession,*l.fin.C. de edict.D.Adrian l.2.tit.14.P.6.& ibi Greg.gloss.4.5.& 12.*

Vide infra n.28

10 Y seria muy duro quererlela dar por escritura reuocada en quanto a vinculo en general,y especialmente en quãto a su llamamiento,*mem.fol.52.* y declarada por reuocable, y de no mayorazgo,por su mismo autor, y que ay cõtra ella, y por la de 584. que la reuoca las muchas obseruancias que se aduierten en la primera dende num.226.y 231. y las otras muchas que constan de los papeles que despues se han presentado, q̃

no

no admiten duda, ni contraria interpretacion, ni la parte de doña Maria responde, ni tiene que responder contra ellas.

Quartò, quando mostrara doña Maria titulo de mayorazgo perfecto, y bastante a transferir possession, ò por el remedio de la ley final, ò de la 45. de Toro, consta por el que presenta tal qual es, que en el caso presente no es la sucessora, ni llegado el de su llamamiento, como se prueua en la 1. dende n. 12. por estar llamada en primer lugar la fundacion de vn Conuento de la Orden de santo Domingo, ò la de vn Colegio de la Compañia de Iesus; y cessando el interesse, y llamamiento de doña Maria, no puede competir en este juyzio, *Seraphin. decis. 144. maximè num. 1.* y lo mismo pretendiendole por rodeo, excluyendo los primeros llamamientos para introduzir el posterior suyo, *ex Rolando, & alijs D. Castillo lib. 3. controuers. cap. 24. num. 92. & 93.*

11 Quintò, Y quando se hallara doña Maria con escritura de indubitado vinculo, y con derecho de actual sucession, no por ello podia pedir la possession destos bienes, ni cõtradezir la mandada dar al heredero de los libres, porque esta es de todos los que dexò D. Gabriel de Mendoça, adquiridos en quarenta años por si mismo, y heredados de su madre y hermano. Y los que contiene el vinculo que trataua de 578. son ciertos y limitados, y algunos de los de la herencia don Gabriel, pero no todos. Y es sin fundamento pretender con titulo y color de algunos bienes particulares la possession y derecho vniuersal de todos.

12 Sextò, Que faltando como faltò el consentimiento de los hijos, ò por nunca dado, ò porque le reuocaron despues, el vinculo, y la irreuocabilidad que el padre capitulò para con el matrimonio de D. Gabriel, venia a parar en la mitad del tercio y quinto, o quando mucho en la de los bienes del padre, sobre que podia caer, y tener efecto la dicha irreuocabilidad; y de la dicha mitad se auia de sacar la que le tocaua de las mandas, obras pias, y funeral del padre, y preceder para todo quentas y particion judiciales. Vna entre el padre y los hijos, respecto de la dote, arras, y ganaciales de la madre. Y otra de los dos hijos entre si de lo que a cada vno tocaua del capital y ganancias del padre, y por este medio reconocer la parte y porcion en que podia caer la pretension y duda del vinculo que se hazia en fauor de D. Gabriel, y tener efecto y suposicion su pretendida irreuocabilidad. Y siendo como eran precisas las dichas quentas y particion, aun en caso

que segun la pretension de D. Maria estuuiera executoriada en su fauor la propiedad, quanto mas no lo estãdo, cessaua de todo punto para con ella, y en ninguna manera podia tener efecto el remedio de possession intentado: *l. filiam fratribus, ff. ad Trebell. l. lineam margaritarum, ad leg. Falcid.* Y en estos terminos de casos y pleitos cõ sucessores de bienes vinculados, y que posseian de hecho los de la herencia, lo tienen, y decidieron Boerio *decis. 156. per tot. maximè n. 2. & 5. Seraphin. decis. 271. per tot. maximè num. 5. Afflict. decis. 14. per tot.* vbi num. 10. concludit: *Quia respondetur, quod in processu non apparet, quæ sunt illa bona Episcopi Nicolai quæ fuerunt possessa per dominũ Zanellum, & sic cum dominium ex parte Francisci non fuit probatum in d. interdicto, sed allegatum, quod requirit altiorem indaginem debet reseruari in petitorium iudicium, & sic fuit per omnes dominos votatum. Menochius de adipiscend. remed. 4. num. 638. latè Argellus de legitimo contradict. q. 30. art. 9. num. 125 Ludouis. decis. 206. & ibi addit. nu. 11. Fussarius de fideicom. q. 613. num. 16. qui plures alios adducunt.* Y no percibo como el Abogado de doña Maria pueda persuadir, ni juez alguno decidir, que se le dè la possession de bienes que consta estar mezclados, y pro indiuiso con todos los de la herencia de D. Gabriel, cuya possession doña Maria pide, no la de los del padre, cuyo solo derecho deduze. Y q̃ quando pidiera solos estos, no se puede saber los que son, hasta que por la dicha particion se adjudiquen.

13 Septimò, aunque se reconociera dende luego, que entre los bienes desta herencia auia, o podia auer algunos ciertos de indubitado mayorazgo, adhuc se auia de dar la possession de todos vnos y otros al heredero escrito, o abintestato, *l. 2. tit. 14. P. 6.* ibi: *Deuelo meter en possession y tenencia de los bienes de la herencia, ò de todas las otras cosas que el testador auia, e tenia a la sazon que finò.* Donde Gregorio glossa 9. ex illis verbis: *E de las otras cosas*, infiere, que si entre las de la herencia quedaron mezcladas algunas de mayorazgo, se ha de dar la possession de todas al heredero.

Muchas razones se podian traer en apoyo desta, pero auiendo como ay decision de ley con su glossa de tanta autoridad, es supervagante todo discurso por ella, quanto inutil en contra.

Et est regulare, que este remedio se dà etiam pro bonis per defunctum quoquo modo detentis, *vt glos. & DD. in d. l. fin. Alciat. cons. 162. num. 2. Roland. dicens communem cons. 2. n. 30. lib. 3. Menoch. de adipiscend. remed. 4. num. 368. & seqq. Ludouis. decis.*

deciſ. 194. *per tot. maximè num.* 11. y en bienes feudales optimè *Afflict. deciſ.* 119. *num.* 3. 4. & 5.

14 Octauo, Si doña Maria quiere que ſu pretendido mayorazgo ſea por contrato y donacion irreuocable entre viuos, no gozarà deſte remedio poſſeſſorio dado por la ley final al teſtamento y heredero, y por la de Soria al legitimo, como aduierte y diſtingue Gregorio *in d. l.* 2. *tit.* 14. *P.* 6. *gloſ.* 1. *ad fin. Boerio deciſ.* 156. *num.* 20. donde no ſe dà al ſuceſſor del vinculo fundado en codicilo eſte remedio poſſeſſorio, que ſe diera ſi ſe huuiera fundado en teſtamento. Con que ſe puede reſoluer la duda que el miſmo Gregorio dexò indeciſa en la *d. l.* 2. *gloſ.* 13. *ad fin.* Y ſi quiere que la eſcritura de 578. y las demas ſe cenſuren por teſtamento y vltima voluntad, es preciſa conſequencia que las aya de cõfeſſar reuocables, y aſsi legitima, y no dubitadamente reuocadas por la de 1584.

15 Nonò, Dado que todo lo dicho ceſſara, y que el vinculo de 578. fuera de todos los miſmos bienes de que doña Maria pide ſin ningun fundamento la poſſeſsion, y que huuiera llegado el caſo de ſu llamamiento, y que no ſe huuiera hecho contra el, y el derecho y pretenſion de mayorazgo la reuocacion y declaraciones de la eſcritura de 584. adhuc no fuera legitima contradictora, ni moſtrara titulo digno de poſſeſſion: tùm, porque ſiempre quedara mayorazgo contingente ~~caſual, dependiente en ſu ſer y ſubſtancia del conſentimiento~~ que los hijos auiã de dar por eſcrito, y en la forma indiuidua que el padre les ordenaſſe: y eſſe no ſolo no ſe mueſtra, pero antes que nunca le dieron, ni quiſieron dar, y que vna vez que dize auerle dado don Gabriel por la eſcritura de 27. de Abril de 582. quando fuera cierta, conſta fue en forma diferente, y con expreſsion que en la cabeça della hizo, de que aprouaua lo que mejor huuieſſe lugar de derecho, y reſeruando en ſi ante todas coſas en el cuerpo della, y en la interpoſicion del juramento facultad para reuocar en todo, ò en parte la dicha aprouacion. Y que tal qual fue, conſta *memorial numero* 248. que la reuocò por otra que hizo quinze dias deſpues en treze del Mayo ſiguiente, como ſe induze, y prueua en la mia primera, num. 132. y que aſsimiſmo conſta, y ſe prueua por la dicha informacion, que el mayorazgo ſiempre fue reuocable, y que la irreuocabilidad reſpeto de don Gabriel, faltando ſu cõſentimiento no llegò a ſazon, ni efecto, y que ſiempre fue caduca y limitada a ſolo el intereſſe de don Gabriel, y de los deſcendientes de ſu matrimonio, y que abſolutamente ceſsò con

el,

el, vt probatur in prima, num. 141. quibus super adijtiam, *Fõtanell. clauſ. 4. gloſſ. 9. p. 1. num. 31. & ſeqq.* Y por ella, y por ſu capitulacion matrimonial no ſe adquirio nueuo derecho a los tranuerſales, ni mas del reuocable que tenia por la eſcritura de 578. y que en la dicha capitulacion ſolo dixo el padre, que no reuocaria el mayorazgo que hazia en don Gabriel, pero no que fueſſe, y quedaſſe en lo demas irreuocable. Y que todo vino a parar en la aprouacion, y conſentimiento que deſpues de todo don Gabriel, y ſu muger dieron por la dicha eſcritura de 13. de Mayo, de que paſſados los ſeis meſes dende la eſcritura en que ſe introduxo en fauor dellos la dicha irreuocabilidad que ellos no auiã aceptado, quedaſſe como quedò en eleccion del padre lleuar adelante el mayorazgo, y ſu irreuocabilidad, ò reuocarle, y dexar los bienes libres, como por eſcritura poſterior de 584. le reuocò, y quedaron.

16 Y que quando don Gabriel huuiera conſentido liſa y llanamente en ſu mayorazgo, no era dar derecho irreuocable a los ſuceſſores, ſino hazer reuocablemente proprios bienes el mayorazgo que ſu padre le auia pedido, y ordenado, vt in prima num. 106. y que negar eſte conſentimiento, ò no perſeuerar en el, no era reuocar el mayorazgo, ſino propria, y verdaderamente no hazerle, *ex his quæ in d. num. quibus addo, Mier. 1. p. q. 133. & 135. & 138. Molinum de ritu nuptiarum, lib. 3. cap. 6. num. 73.*

17 Y en eſte caſo, quando eſtas, y otras razones, y euidẽcias no fueran baſtantes a conuencer que el mayorazgo que ſe auia de hazer por medio del conſentimiento de los hijos, eſte faltando, quedò ſin hazerſe, y ſiempre reuocable, y en terminos de vltima voluntad, y con las demas falencias que quedã reſumidas, y en la primera informacion, con multiplicada euidencia prouadas, por lo menos es preciſo reconocer que hazẽ mas que dudoſo contra el intento de doña Maria, el que ſupone de mayorazgo, y que todo por las muchas, y diferentes eſcrituras que le ſobreuinieron de vna, y de otra parte antes de la total reuocacion del de 584. le hazen introduzido, y confnſſo, ſin que pueda tomarſe animo, y reſolucion de mayorazgo, ſino es atropellando, y venciendo en juyzio ordinario muchas dificultades, y eſcrituras.

18 De donde es, que con muchas menos que ſe ofrecieron en las deciſiones 115. *part. 1. nouiſ. de Farinac.* y en la 24. numer. 20. 12. & 26. de don Franciſco de Leon, y en las que referirè contra el inſtrumento, y titulo de indubitado mayorazgo,

go, y sin concurrir contra el las vẽtajas de su reuocaciõ, obseruãcia perpetua, y vltimo estado de bienes libres, que en este caso los juezes de las dichas decisiones remitieron al juyzio dela propriedad elderecho de vinculo, y mayorazgo, y sin embargo del que constaua, dieron la possesiõ al heredero de los libres.

19 Et quod magis est, que en la decision 115. de Farinacio el sucessor del mayorazgo que contradezia la possesion del heredero de los libres, estaua en ella, y assegurado con cierto compromisso y rescripto Apostolico. Pero fundose la decisiõ en dos pũtos. Vno, ibi *num.* 10. que para excluir el intento de fideicomisso y de mayorazgo, *satis est, quod contra fideicõmissum aliquid collorate, vel probabile opponatur*: y trae para esto otras decisiones de la misma Rota, y a Baldo, Frãco, Corneo, y Belamera cui adiũgo *decis.* 520. *n.* 5. *p.* 1. *diuers.* Y cõcluye el dicho n. 10. q̃ en duda para q̃ la possesion se dè al heredero, se hã de estender y presumir que le pertenecen mas defensas de las q̃ huuiere alegado: idem statuit *Rota decis.* 520. *num.* 15. *p.* 1. *diuersorum, ex Abbate, Decio, & Iasone ibi allegatis.* El otro punto fue n. 11. que para la possesion del mayorazgo auia de preceder liquidacion de quentas, que es comũ con vno de los deste caso, de quo supra num. 11. & num. 21.

20 Y en caso muy semejante a este la Rota *decis.* 103. & 520. *p.* 1. *diuersorum*, mandò dar la possesion a los herederos ab intestato de los bienes que auiã vacado por muerte de vn hijo, sin embargo que cierto Vincẽcio de Rubeis la contradezia, y pedia por vinculo y fideicomisso que el padre del difunto auia hecho en fauor del dicho fideicomissario. Y auiendo precedido en el dicho caso la dicha decision 103. le refiere y decide mas estendidamente enla dicha decision 520. Donde en el num. 1. tomò por motiuo contra el vinculo hecho por el padre del difunto, ibi: *Etiam quod præsupponeretur instrumentum dicti testamenti in forma probante, non sit purum, clarum, & indubitatum, sed conditionale, vel modale, & in apicibus iuris consistens, vt alias oposita per me causa bis de anno 1562. & de anno 1564. visum fuit Rotæ, & præsertim, an Vincentius dicatur institutus sub conditione, vel modo ad effectum vt possit agere*, que fue motiuo ajustado al que oy se deue tener y seguir contra la escritura de 578.

Y num. 2. añade la dicha decision otro motiuo, ibi: *Aliqua etiam consistunt in apicibus iuris, prout tunc visum fuit, quæ omnia sunt remittenda ad petitoriam, vt benè post alios deducit. Decius cons.* 424. *n.* 10. & 11. *Roland. cons.* 1. *num.* 73. *lib.* 1. & *cons.* 73. *nu*

 mer

mer.40.lib.3. Y sobre lo mismo la dicha decision 103. num.5. auia traido otro motiuo ajustadissimo à nuestro caso, ibi: *Nec placebat dominis quod possit incontinenti constare de iure istius fideicommissarij memores tot disputationum subtilium in hac causa factarum per tot annos de modo, & conditione, &c. Ideò dicebant sine dubio esse videndum, Socinum cons.59. num.2. lib.3. post Angel. quem allegat, quod quando in discussione iuris vertitur subtilitas dicitur requirere altiorem indaginem, quod tamen Rota solet sequi iuxta contingentiam casuum, & illorum circunstantias prout cõcurrunt misto.* Donde es de ponderar, que la decision reparo, en que la subtileza en que se fundaua el pretensor del vinculo, era bastante causa para no darle la possession, y remitirlo a la propiedad, y ninguna subtileza se puede dar mayor que la que concurre de parte del vinculo en este caso.

21 Y en otra assimismo semejante lo decidio la misma Rota apud Ludouisium *decis.206.* y alli num.8. pondera el embaraço que haze al fideicomissario el juyzio de quentas que ha de preceder para liquidacion de su derecho, y la adicion de Beltramino alli, n.11. assienta por conclusion: *Quod quando sunt faciendæ detractiones, tunc nullo modo fideicommissarius, sit legitimus contradictor ad impediendum immissionem*, trae a Menochio de adipiscend. rem.4. n.638. *Surd. decis.333. num.8. vsquè ad finem, Angelo de legit. contrad. q.10. art.9. num.125.* Y en el num.13. pondera la misma adicion: que la incapazidad de la contradicion del fideicomissario es mas cierta, quando la herencia consiste como en nuestro caso en bienes rayzes, y no se puede saber sin preceder las quentas, y particion della, los que se adjudican al fideicomissario, y alega para esto tres decisiones de la Rota, *quibus addò Rot. decis.565. in fine, p.1. diuersor. Farin. decis.115. num.12. p.1. nouis. Fussarium, q.613. numer.16.* & alios supra num.

22 Vltimo loco, representò la decision 24. de don Francisco de Leon, donde en mayorazgo claro, y en mas fuertes terminos que los nuestros se decidio por el supremo de Aragon cõtra la oposiciõ de mayorazgo, y en fauor del heredero de bienes libres el año de 609. (siendo yo su Abogado) como lo afirma la dicha decision, n.12. & 26. y dẽde el n.20. pone los motiuos juridicos que preualecieron en fauor del dicho heredero, y refiere num.22. 23. 24. & 25. otras muchas decisiones en casos semejantes en fauor de otros herederos tales.

23 Y aunque no fuera tan intricado, y sutil, y por tantas partes mellado, y deshecho el derecho deste mayorazgo, y què

por

por solo sutil no es de momento, ni de embaraço en este juyzio, *vt ex d. decisionibus 103. & 520. 1. p. diuersor.* queda prouado bastara ser como es disputable, para que sin hazer caso del se diera la possession al heredero, como por esta sola causa lo decidio el Senado del Piamonte, apud Olascum decision. 23. que despues de larga disputa, concluye. *Ex quibus omnibus hinc inde adductis negari non potest quin casus de quo agitur sit disputabilis, quo fit, vt in dubio filia, siue soror sit mittenda in possessionem bonorum etiam feudalium, quæ pater, & successiuè frater tempore mortis possidebat, & sic censuerunt iudices vltimarũ appellationum filiam esse mittendam, ius omne partibus in petitorio, si, & prout eis respectiuè competebat, reseruantes.*

24 Y demas de lo que dixe en la primera num. 326. & seqq. que en igualdad y encuentro de titulos y derechos, ha de preualecer contra el mayorazgo el del heredero por quien assiste el derecho comun, *vt per Roder. Suar. cons. 10. num. 41. Molinã de ritu nupt. lib. 3. cap. 24. num. 107. & 108.* appositissimè addo decis. 83. Seraph. vbi num. 3. statuit, *quod fideicommissarius non habet parem titulum cum hærede.* Y Mieres 3. *p. q. 15. num. 46. ad fin.* despues de muchos Autores que refiere, concluye su materia y la nuestra, ibi: *Quibus in locis multa reperiuntur pro prædictis illationibus, scilicet, mittendum esse in possessionem filium; vel alium, pro quo est iuris præsumptio (ecce) etiam aduersus eũ qui prætendit ius primogenituræ.* Y quando los titulos fueran en todo iguales, y sin ningunas ventajas el del heredero, este haria cessar la possession del vinculo, & quod ordinariè cognosceretur de iuribus contradictoris. *Gratian. discept. 765. num. 39.*

25 Dezimo, Es de aduertir, que en este caso compiten dos derechos. Vno el executiuo de la ley de Soria en fauor del heredero por todos los bienes que dexò D. Gabriel. Otro ordinario del vinculo y escritura de 578. de los bienes particulares en que el padre dispuso, o pudo disponer, y hazer la irreuocabilidad respecto de don Gabriel, y estos entre si son diuersos, y para diferentes juizios, sin que en este pueda ser embaraço el del dicho vinculo, como en caso semejante lo decidio la Rota *decis. 520. num. 5. p. 1. diuersorum.* ibi: *Et tanto magis quia non agitur nunc de successione Gabrielis, sed de successione Michaelis, qui dum vixit, vsque ad eius obitum tenuit, & possedit huiusmodi Casale, ideò eius hæredes in possessione dict. Casalis habent potiora iura, & sunt immittendi in possessionem, ex quo defunctus illud possidebat tẽpore mortis. Et si Vincentius prætendit aliquid ex testamento Ga-*

brielis,

brielis,vel alterius illud experiatur,& agat in alio iudicio: in quo est probandum,&c super illud iudicandum; vt post alios benè considerat Deci,&c. Donde para ajustar esta decision a nuestro caso,lo lo falta desequiuocar los nombres,y entender que lo que alli se decidio en la sucessiõ de Michael por bienes libres, aqui es la de don Gabriel,y que el que alli fue Gabriel autor del vinculo,que no obtuuo,aqui (si fas dicere) es,y serà el Licẽciado Maldonado, de cuyo vinculo doña Maria opone, & tàm obiter,quàm perfunctoriè dicam,que quando la escritura de 578. fuera digna deste remedio possessorio, procedia contra ella,por no auerse executado jamas,la prescripcion q̃ contra la Orden se opone,y prueua en mi primera,n.264.

26 11. Por el mismo caso que doña Maria ha puesto demãda en la propriedad,y trata que se determine, como si la huhuiera substanciado,y proseguido, no solo reconoce y supone ser don Iuan,y su hermana posseedores de los bienes q̃ les demanda,pero cierra contra si la puerta en este juyzio, *vt in his terminis,latè Burgos de Paz cons. 39.num.7.*

27 12. Concluyo este discurso con aduertir, que quando no se tenga por reuocado por la escritura de 584. todo intento de vinculo anterior,por lo menos se ha de reconocer que quedò defetuoso manco,y vulnerado por la misma escritura de 584. y por las muchas obseruancias por ella,y las muchas q̃ ay contra la de 578.y que assi cessa para este juyzio lo executiuo desta,como en mas fuertes terminos de sentencia apelada que derogaua vn vinculo lo tiene Graciano *disceptacion* 765 *num.*42.ibi: *Accedat quia stante sententia derogationis fideicõmissi est vulnerata via executiua exemplo obligationis Cameralis,ita vt ordinariè sit agendum, & requirantur tres sententiæ conformes, Rot.diuers.decis.132.post princ.p.2 cum alijs per Gonçal. qui multa decisiones refert ad reg.8.glos.6.num 202.Quidquid alias sententia lata inter alios non vulnerat dictam obligationem.* Que es doctrina digna de mucha aduertencia,y para este caso muy importante,pues le quita a la escritura de 578.todo lo executiuo, y la remite al juizio ordinario.

28 Y sea deste numero,ya que no se puede poner en el nono a do tocaua,por estar impresso,que doña Maria,que en el caso presente no tiene llamamiento, por precederla el de la fundacion de vn Conuento por todas las disposiciones del Licenciado Maldonado,y que por consiguiente no es legitima cõtradictora,vt firmat in terminis Seraphin.*decis.*83.*n.*4. nec substitutus consequitur remedium leg.fin.nisi suæ substitutioni-

tutionis casu euenisse probauerit, *Menoch. de adipiscend. rem. 4. num. 112. latissimè Fussar. q. 707 maximè nu. 3.* no puede en ninguna manera valerse de la oposicion que haze, de que el Licenciado Maldonado no guardò el ordē de la ley 27. de Toro, y que por ella deuio preceder el llamamiento de sus transuersales.

29 Antes de responder a esto, aduierto, que la pretension de doña Maria segun esta su replica, no puede, ni quiere estenderse a mas del remanente del tercio y quinto del dicho Licenciado, en que dispuso la dicha ley 27.

Y la respuesta concluyente sea, que la misma replica de doña Maria reconoce que el vinculo de 578. sin el consentimiento de los hijos, solo pudo parar en los bienes del padre, y no dellos, porque a seguirse el dicho consentimiento, y passar adelante el dicho vinculo en los bienes de todos, no pudiera tener lugar en ellos la dicha ley 27. que solo procede en el padre y ascendiente que dispone del tercio de sus bienes, prejudicando a sus hijos y descendientes, sin tener la facultad que el Licēciado Maldonado tuuo, que le desobligò de guardar la dicha ley, *Gutier. practic. lib. 2. q. 67.* Y si los hijos consintierō el dicho mayorazgo, fue visto, y pudieron aprouarle cō la precedencia de la fundacion del Conuēto, que el padre les dio por primer substituto, de la suerte que los mismos hijos pudieran sin embargo dela dicha ley distribuir en obras pias en vida, o en muerte todos sus bienes, sin que los transuersales, ni la dicha ley se lo impidiessen.

30 Pero respeto del tercio del dicho Licenciado Maldonado, si alguno quedò despues del cumplimiento de sus mandas y obras pias, en que pudiera proceder la dicha replica y oposicion de doña Maria, hizo ajustadissima respuesta al caso en que estamos cō la satisfacion de todo Mieres de maioratu, *q. 15. num. 125.* ibi: *Infertur etiam singularis intellectus ad l. 27. Taurinam, hodie l. 11. tit. 6. lib. 5. recopil. in qua datur forma, qualiter parentes possunt facere meliorationem tertij in filios: nam si excedant à forma, & ordine illius legis, & agatur de possessione bonorum, allegando non fuisse obseruatam formam illius legis, & esse vocatum secundū dispositionem iuris, obtinebit in iudicio possessorio ille qui se fundat in dispositione facta per fundatorem, & in iudicio proprietatis agendum est de validitate donationis, vel alteriùs dispositionis. Quod ex prædictis fundatur, & est maximè notandum.* Desta doctrina y opinion juridica de Mieres consta, que doña Maria por la misma escritura de que se vale, no tiene llamamiento, ni derecho

alguno a ſu pretendido vinculo, ni puede tenerle haſta que en pleito ordinario con la *Orden* excluya la precedencia de ſu llamamiento, y auentaje doña Maria el ſuyo.

31 Y es muy de aduertir, que por el memorial deſte pleyto no conſta, que entre la *Orden*, y doña Maria ſe aya auido, ni eſtè pendiente, ni ſubſtanciado, ſobre en que caſos y bienes ſe han de reduzir los llamamientos de la eſcritura de 578. a los de la ley 27. de Toro, y ſi le obſta a doña Maria la reuocacion expreſſa que la de 584. hizo de ſu llamamiento, y lo q̃ mas es de todo anterior vinculo, porque eſte ceſſando, es inutil todo litigio ſobre los grados de las ſubſtituciones.

32 Y ſe deue mucho reconocer, el auer entrado D. Maria en eſte pleyto, y perſeuerado en el ſin genero de llamamiẽto, y admira q̃ en la reuiſta, no reparando en eſte pũto, ni en el de la reuocaciõ, ni en otros prejudiciales, los Abogados de D. Maria paſſaſſen a diſcurſo, y põderaciones, de ſi fue reuocable el mayorazgo hecho en dõ Gabriel, como ſi el, y ſu padre, y hermano no lo huuieran dexado decidido en fauor, y eſtado de bienes libres por las vltimas eſcrituras de 13. de Mayo de 582. y 3. de Enero de 584. en vida del padre, y por otras muchas deſpues de ſu muerte, y obſeruãcias multiplicadas de tãtos años. Y q̃ la *Orden* vnica intereſſada en el dicho vinculo, ha reconocido no auerle, y pedido la poſſeſsion del quinto, por la eſcritura de 584. con ſupueſto, y fundamento que todos los bienes del Licenciado Maldonado quedaron libres. Pro coronidè extra chorum adijcio que eſta eſcritura ſe hallò entre las demas que tenia don Gabriel, y ſe puſo en el inuentario della, *mem. num.* 211. y que don Gabriel la exhibio año de 587. *mem fol.* 646. ante el Viſitador ecleſiaſtico, como inſtrumento principal de las diſpoſiciones de ſu padre. Y que en ella num. 192. y 207. llama mayorazgos a las anteriores que reuoca, reteniendoles el nombre de ſu calidad primitiua, que auia ſido la de mayorazgo, y de fundacion de obras pias, & actus mixtus à potentiori nomen retinet. *Menoch. de adipiſcend. rem. 4. num.* 29.

Art.

Articulo segundo.

Que la sentencia de Vista se ha de reformar, en quanto mãdò dar la possession de los troncales a los que la piden. Y a la Orden, del quinto de los del Licenciado Maldonado.

33 ESTE punto y derecho de los troncales no està dado a entender en el memorial del pleyto, manco y defectuoso en esta parte: y por ser importãtissimo, y en que los troncalistas no tienen a mi parecer ningũ derecho, despues de leìdo y bien entendido operæpretium erit, dessear y pedir atencion en esto, y haziendo insistencia en el lugar de Mieres *3.p.q.5.n.46.* referido en la primera *num.291.* con exemplar de la Chancilleria de Granada, y esforçado con las razones juridicas de los numeros siguiẽtes, para que no se les pueda dar la possession de los dichos bienes, ni tengan remedio pessessorio. Para esto añado ponderadamente, que en treinta y dos años de Abogacia, y estudio de muchos libros, ni en las alegaciones de los dichos trõcalistas, no he visto ley, ni Autor, q̃ les dè este vẽtajoso remedio. Y la ley final, y la de Soria, q̃ son las fuentes desto, solo le dan al heredero vniuersal por ley, o testamento, por las causas y motiuos particulares q̃los glossadores de ambas leyes traen, ò adiuinan para esto, y todos concluyen, q̃ si las dichas leyes no se le dieran tan expressamente, careciera deste remedio. Y assi no le tienẽ los dichos trũcalistas, que no suceden por el dicho derecho vniuersal, ni aũ por el particular de herederos, sino por el extraordinario municipal de tãteo, en beneficio de la familia, y no del testador o defunto, a que vnicamente atendieron las dichas dos leyes.

34 Porque siendo como los truncalistas son sucessores particulares en los bienes del tronco, & sic in re certa loco legatariorum habentur, quando se les dà como aqui vniuersal coheredero, *l. quoties, C. de hæredib. instit.*

Gutier.

Gutier.in l.nemo potest,num.356. Menochius, quem Gutierrez non refert,de adipisc.rem.4.num.140.vbi nu.132. ex recepta, & vera Doctorũ opinione tenet, quod huiusmodi successoribus non datur hoc remedium, y en terminos de la ley de Soria,en que estamos. *Azeuedo in l.3.tit.15.lib.4.num.66.& 67.*sicut nec datur legatarijs, *vt per Doctores in d.l.fin.maximè Iasonem,& Decium,notabili 6.Anton.Gom.l.45.Tauri, num.137. Azeuedo in d.l.3.num.17.& 67.* Et quod successio truncalium non deferatur iure hæreditario,*Gutier.lib.3.pract. q.80.n.6. & q.92.num.2.vers.Rursus.*

Y procede contra los transversales la razon que pōderè en la primera num.29?.pro qua est Menoch.*d.remed.4.num.65.*donde al heredero vniuersal abintestato se mota lege Soriæ,deniega este remedio, ex eo quod vt ille inquit,notoriè non cōstat esse hæredē,cum testes sint examinandi,partes audiendæ, & reliqua iudiciales tractanda. Quid ergo Menochius diceret,si juntamēte cō el demas embaraço de no ser los trūcalistas herederos ciertos,viera que se juntaua el grande y particular deste pleito,sobre si respecto destos bienes procede el fuero de Sepulueda, y sobre quales dellos eran truncales,y si dexaron de serlo por contrato, o por testamento.

Y que los troncales no tengan este possessorio, lo tiene ya juzgado en este mismo pleito la Chancilleria,que ha dado por atentada la possesion dellos, como lo prouè en la primera num.297. Y que no huuiera juzgado tal,a tener ellos este executiuo remedio.

35 Vtcumque sit,para en todo caso de possession,o de propriedad destos trūcales aduierto, hallo por el pleyto mal defendida esta parte,contra el intento y prouança de la contraria,de q̃ en Xadraque y su tierra se guarda el fuero de Sepulueda,porque los testigos della que mas se estienden,tratan del fuero de Atiença,que es diferente, y se remiten a pleitos que ha auido sobre esto, con que niegan su obseruancia interrumpida con ellos,

el

el Licenciado Maldonado Letrado experimentado y antiguo,en la escritura de 584. hecha en Xadraque,*memor.num.206*.dize:*Y destronco todo fuero,y le contradigo,y en villa que no ay fuero hago esta escritura.* A cuya asercion,quando no fuera tã antigua y fundada,se deue mas credito que a la arrojadiza destos testigos, *Gutier.p.1. canonic.c.33.num.17.in fin.* Mayormente,que los dichos testigos no deponen del tiempo, y con las calidades necessarias para prouar fuera del suelo de Sepulueda la obseruancia del dicho fuero.

Pero dado que se obserue en Xadraque y su tierra como los truncalistas lo pretenden y articulan, mem. num.59.esto no puede estenderse a los bienes de otras partes,como son los de las tres vltimas partidas de su memorial en Algezilla,Hontanar, y Tortola, que sus mismos testigos,mem.num.39.90.y 91.libran y exceptuan del dicho fuero los bienes de los dichos tres lugares y partidas. Y que el Licenciado Maldonado en la escritura de 578.fol.27.B.declara fue comprada, y no de abolengo la heredad de Tortola vna dellas.

36 De lo dicho,y de lo que dirè se sigue,que la sentencia de vista que ha confirmado la del inferior no deuio de reparar en el agrauio intolerable que la dicha sentencia hizo,y el memorial suprimio en el num.3. donde le auia de referir,scilicet,que alos truncales no sele mãda dar la possession simpliciter de los bienes que constasse serlo,sino absolutamente de todos los contenidos enel memorial presentadopor ellos,mem.fol.16.n.52. En que ay el error,equiuocacion, y agrauio patente de los autos que se sigue.

37 Los testigos de los troncales, para la prueua de ellos,*memor.fol.21. num.83.y 84.* se remiten a las quẽtas, y particion de los bienes de Iuan Blas,y su muger, que son las cabeças deste abolengo. Y demas desto se deue estar a ellas,por ser medio vnico para prouar los que heredaron sus hijos, y que a este fin las presentaron los

E trun-

truncaliſtas,*mem.num.56*. y ſe ha de eſtar a ellas, y no a los teſtigos, quando a ellas no ſe huuieran remitido, *Bart. in l.2.C.de err.aduocat.& in l.Titiæ teſtatores, de legat.1.* Y en ninguna manera han podido, ni puedẽ dar ſe por troncales mas bienes de los que por la dicha par ticiõ tocarõ al hijuela de la Catalina Blas, por cuya cabeça, y tronco ſe piden, que a mi quenta ſeràn haſta ciẽ fanegas de tierras, y 700. vides. Y aun de los dichos bie nes ſolo ſeran deſte juyzio los que la otra parte prouare hallarſe, y comprehenderſe entre los deſta herencia, ſupueſto que ſu identidad no conſta, ni ſe preſume, & eſt probãda, *Crauet.conſ.198.n.4. Mier.p.q.20.à prin. Mareſc.lib.1.cap.12.*

38 Y porque el memorial de induſtria, ò de omiſsion no puſo, ni ajuſtò los bienes de la dicha hijuela, es preciſo ponerlos, y ajuſtarlos, ò que la ſentencia, en caſo que ſe confirme, ſe remita a los que oy ſe hallaren, y verificaren auer ſido de la dicha hijuela, pero no al memorial abſoluto dado por las dichas partes, en que aurà 150. ducados de agrauio, error, y diferencia.

39 El miſmo error, y agrauio conſta de lo que los miſmos truncaliſtas articulan, y prueuan, *memor.numer.82.y 83. iuncto num.80.* que los bienes de la dicha ſu memoria, que fueron de Iuan Blas, y ſu muger, abuelos comunes, ſe diuidieron en quatro hijuelas, partes iguales de ſus quatro hijos herederos. De manera que el derecho, y pretenſion deſtas partes, ſegun ſu articulo, y allanamiento, ſolo es de la quarta parte de los bienes de ſu memorial, y no de todos los que contiene, como inaduertidamente lo ſupuſo la ſentencia del inferior. Y eſto es mucho de aduertir para en caſo que de la dicha ſentencia aya en eſta parte peligro de confirmacion.

40 Ex abundanti añado, q̃ en ningunos bienes puede oy proceder y lograrſe la pretenſion de truncales, por el miſmo caſo que la otra parte no prueua que dende Iuan Blas, y ſu muger ſe ayan deferido en ſus deſcendiẽ tes

tes por abinteſtato,calidad neceſſaria para entrar,y obtener en eſte genero de ſuceſsiõ,porque no ſe deriua,ni adquiere auiendo teſtamento por alguno de los deſcendientes,*Gutier.lib.2.pract.q.27.* como aqui le huuo de Catalina Blas,y de D.Maria de la Fuẽte,hija y nieta del dicho Iuan Blas. Y mayor abundamiẽto ſe prouara quãdo los truncaliſtas pidan eſtos bienes al heredero, y lo miſmo,que eſtos bienes ſe han dado dos vezes en dote, y eſtimado. Cõ que ſe deshaze lo truncal,*Gutier.pract. lib.3.quæſt.77.*

41 Inſuper etiam addo,que las cargas deſtos bienes ſe han de pagar,y ratear ſegun la *quæſt.92.de Iuan Gutier. lib.3.pract.*

42 Y los de Felipe Blas adquiridos por contrato, y eſte libre de lo truncal,como la otra parte lo prueua,*memor.num.*64. y 65. y eſtà a *fol.*92.y 94. Y los deſta donacion y contrato ſe han de verificar por la particion de Iuan Blas, referida mem.n.56.y preſentada a eſte propoſito,y articulada y prouada por la otra parte n.82.

43 En quanto a la poſſeſsion del quinto que ſe manda dar a la *Orden*,lo que ſe me ofrece que añadir en la azeleracion con que eſto ſe eſcriue,es inſiſtir en las excepciones que ponderè en la primera dende num.256. y principalmente en la ſegunda n.264. de no tener el dicho quinto remedio poſſeſſorio. Y en la tercera eodem numero,de eſtar preſcripto eſte remedio en poſſeſsiõ,y propiedad dende el año de 584.que murio el teſtador, y eſte quinto ſe auia de pedir. Y en la octaua n.208.que eſte quinto quando le aya,deſpues del cumplimiẽto de las obras pias ſe ha de pagar en los cenſos que dexò cõſignados para eſto,*mem.fol.*55.*n.*203.ſin que la pretenſion deſte quinto pueda eſtenderſe a otro genero de bienes,que ſon excepciones muy releuantes.

44 Al n.283.de la primera,contra la pretenſion de frutos deſte quinto,ſe puede añadir el c.400.de Graciano, n.9.dõde niega deuerſe el legado y ſus frutos haſta que

ſe

ſe erija el hoſpital para cuya fundaciõ ſe dexò. Et n. 14. que el heredero entretãto no incurre en mora. Y n. 32. que la buena fe le libra deſtos frutos haſta la conteſtacion.

Articulo tercero.

Que ſe ha de excluir todo intento y juyzio de propiedad.

45 DEſto ſe dio papel ſeparado para la determinacion de la viſta, donde con demoſtracion prouè que no eſtà deduzido, conſtado, proſeguido, ni ſubſtanciado el juizio de la propriedad. Que los procuradores de las partes no tuuieron poder para tratarla. Que la Audiẽcia ſolo puede conocer y determinar el poſſeſſorio de que fue apelado.

Oy no ſe cura del, por auer reconocido la Audiencia en ſu ſentencia, que de la poſſeſsion tan ſolamente puede conocer y determinar, y oy lo ſiente aſsi, pues ha reſeruado a la difinitiua de reuiſta la prueua ofrecida por las partes, que en ninguna manera ſe podia negar, ſi huuiera de determinar fuera del poſſeſſorio, que no la neceſsita.

Y no puede ſalir del, ſupueſto, q̃ la ſentencia de reuiſta ha de correſponder a la de viſta, confirmando, o reuocando, *l. eos, C. de appellat.* ibi: *Vel iniuſtam liceat pronuntiare, vel iuſtam*; y que no puede auer confirmaciõ, ni reuocacion en quanto a la propriedad, que no eſtà determinada, ni ſubſtanciada en manera alguna en eſta ſegunda inſtancia: mayormente que eſta parte ha inſiſtido en ſu declinatoria, y quando mucho y mas, tan ſolamente podia ſalir auto, *Que reſponda derechamente.* Vndè in his non immoror, nec ſollertiſsimas aures præſtãtiſsimorum iudicum ad ius dicendum properantium à ſemita deturbò, ab ſtudio retardo. Niſi aliter, &c. Madrid 20. de Iulio de 1634.

D. Iuan Cerrato de Pareja.